

Direito Individual Homogêneo (Uma leitura e releitura do tema)

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO

Professor Adjunto de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da UERJ. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

O presente trabalho tem por finalidade examinar o direito individual homogêneo, tal como concebido pelo ordenamento pátrio no inciso III do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), cotejando o instituto com a teoria geral do direito civil e com as modernas tendências do direito civil constitucional, a fim de determinar sua real natureza jurídica e sua relevância no atual cenário jurídico brasileiro.

Numa concepção tradicional, ao direito civil é delegada a tarefa de regular *“as relações entre os indivíduos nos seus conflitos de interesses e nos problemas de organização de sua vida diária, disciplinando os direitos referentes ao indivíduo e à sua família, e os direitos patrimoniais, pertinentes à atividade econômica, à propriedade dos bens e à responsabilidade civil”*.¹

Nessa perspectiva, *ab initio*, é necessário identificar e distinguir determinados conceitos inerentes à teoria geral do direito civil, tais como, faculdade jurídica, interesse, pretensão, direito potestativo e direito subjetivo, a fim de se proceder ao estudo do direito individual homogêneo.

Começemos pela faculdade jurídica.

É ela comumente entendida como o poder de agir inserido no direito. Não se confunde com o próprio direito, na medida em que a faculdade é uma consequência deste².

Sendo assim, a faculdade não existe de forma autônoma, uma vez que decorre de um direito, e pode ou não ser exercida, sem que tal fato venha a conduzir à perda do direito³.

Por outro lado, a faculdade só surge quando o direito subsiste, razão pela qual o indivíduo que se encontra em situação de expectativa de direito não tem ainda, tecnicamente, a faculdade de agir nesse ou naquele sentido.

¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 26.

² GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 10ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 125.

³ Anote-se que um único direito pode ser composto de diversas faculdades, como ocorre com o direito de propriedade. O proprietário tem as faculdades de usar, dispor e alienar a coisa, entre outras.

Dessa forma, as faculdades jurídicas podem ser agrupadas em quatro classes principais⁴, a saber: a) poder de constituição de um efeito jurídico ou de aquisição de um direito; b) poder de disposição, aí englobadas a alienação e a cessão; c) poder de modificação de um efeito jurídico; e d) poder de extinção de um efeito jurídico.

Interesse, a seu turno, é em linhas gerais tudo aquilo que reflete uma necessidade⁵, seja de que ordem for, inerente a uma pessoa (física, jurídica ou moral). O interesse precede o direito, pois se reflete no mundo dos fatos, dos acontecimentos e não diretamente no mundo jurídico⁶.

A partir daí, podemos dizer que o interesse pode ou não ostentar relevância jurídica, de acordo com as normas de cada ordenamento. Havendo esta relevância, estaremos diante de um direito⁷.

Pretensão, por sua vez, é o poder conferido a alguém que seja titular de um direito, de exigir uma conduta comissiva ou omissiva de outrem. O conceito de pretensão vem intimamente ligado ao do direito subjetivo.

Este termo tem maior relevância no aspecto processual, na medida em que a pretensão, se não é atendida voluntariamente, acaba por ser deduzida em juízo, dando causa à instauração de uma lide, ou seja, um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

⁴ ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. "Dos Direitos Subjetivos", in *Tratado de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p. 617.

⁵ A necessidade, entretanto, não precisa ser real, bastando "a *valoração interna do que é indispensável ao titular do interesse, para a satisfação de necessidades primárias (inerentes ao homem e seu desenvolvimento psíquico, físico e moral) e secundárias (econômicas)*". (LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 35 e segs.). Por outro lado, além da necessidade sentida, impõe-se a consideração da utilidade do objeto do Direito para o titular. Este objeto deve ser aproveitável para satisfação própria, de acordo com sua vontade, dando-lhe, assim, o titular, alguma utilidade. Nessa linha, mas enfocando a questão sob um novo prisma, Carnelutti afirma que "pode haver interesse, não apenas em ordem a uma necessidade presente, mas também em ordem a uma necessidade futura. E a existência da necessidade pode resultar não só de uma sensação como de uma dedução". (CARNELUTTI, Francesco [tradução de Antônio Carlos Ferreira]. *Teoria Geral do Direito*, São Paulo: Lejus, 1999, p. 90).

⁶ ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da Relação Jurídica*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 8 e 9. O autor afirma expressamente que "além de não haver identidade entre o direito subjetivo e o interesse juridicamente tutelado, não há sequer uma inteira coincidência entre os dois termos. A todo o direito subjetivo corresponderá um tal interesse. Mas não inversamente. Pode haver interesse tutelado pelo direito objetivo, a que todavia não corresponde um direito subjetivo, porque a respectiva tutela é organizada por outro meio – maxime pela intervenção oficiosa da entidade pública".

⁷ Observe-se que mesmo quando inexistir expressa previsão legal, o interesse não deixará de ser jurídico se as necessidades do titular forem absolutas em razão de sua natureza ou se mostrarem aferíveis dentro da ótica jurídica, que, aliás, deve ser o mais sensível possível em sede de Estado Democrático de Direito.

Já o direito potestativo incide na esfera jurídica do destinatário a ponto de criar um estado de sujeição. Há, pois, autêntico dever jurídico de sujeição por parte daquele que sofre tal incidência. Cabe salientar, todavia, que o dever jurídico em tela não se caracteriza como obrigação, no sentido jurídico, mas sim, como um genuíno estado de vinculação.

O direito potestativo pressupõe ainda a existência de relação jurídica anterior entre as partes. Deste modo, é correto afirmar que este direito pode gerar um constituição, modificação ou extinção jurídica à qual ficam os demais submetidos. Ademais, ele não se equipara a uma simples vontade de seu titular, visto que decorre do estado jurídico do mesmo⁸.

Visto todos esses institutos, chegamos ao direito subjetivo, que vem merecendo por parte da doutrina especializada, profundas e complexas considerações, até mesmo quanto a sua existência⁹.

Para Savigny¹⁰ o direito subjetivo seria sempre uma expressão da vontade, entendido este termo, a princípio de maneira empírica, como uma faculdade psicológica. O homem sabe, quer e age. Enquanto o homem quer e age, ele se situa invariavelmente no âmbito de regras de direito. O direito subjetivo, portanto, é a vontade juridicamente protegida.

⁸ Podemos exemplificar com o poder de revogar procuração, de revogar doação, ou ainda de renunciar à herança.

⁹ Neste trabalho não nos propomos a discutir a existência ou não do direito subjetivo. Aqueles que não aceitam a existência de direitos subjetivos sustentam terem as relações jurídicas por base as chamadas situações jurídicas. Paul Roubier assim consigna a questão: "(...) Arrivés à ce point de notre exposé, nous commençons à prendre conscience, plus nettement qu'on ne l'a encore fait jusqu'ici, de l'entrecroisement des droits et des devoirs, qui caractérise l'organisation juridique. C'est cet entrecroisement qui a abouti, chez les auteurs contemporains, à prendre pour base de leurs constructions la notion de la situation juridique plutôt que celle de droit subjectif. La situation juridique se présente à nous comme constituant un complexe de droits et de devoirs; or, c'est là une position infiniment plus fréquente que celle de droits existant à l'état de prérogatives franches, ou de devoirs auxquels ne correspondrait aucun avantage". (ROUBIER, Paul. *Droits Subjectifs et Situations Juridiques*, Paris: Dalloz, 1963, p. 52). Cf. ainda a respeito do tema, entre outros, GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 10ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 114, e RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 580. Importante ainda consignar, por fim, a lição de Perlingieri, no sentido de que "no vigente ordenamento não existe um direito subjetivo – propriedade privada, crédito, usufruto – ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-dada, isto é, preexistente ao ordenamento e que deva ser levada em consideração enquanto conceito, ou noção, transmitido de geração em geração. O que existe é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular". (PERLINGIERI, Pietro. [tradução de Maria Cristina De Cicco], *Perfil do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 121/122).

¹⁰ SAVIGNY, F. Carl von (tradução para o italiano de Vittorio Scialosa). *Sistema del Diritto Romano Attuale*, volume 1º, §§ 52/53, Turino: Unione Tipografica Editrice, 1886.

Esta teoria foi veementemente contestada, entre outros, por Jhering¹¹, já que o direito subjetivo existe e continua existindo a despeito da vontade do titular ou mesmo contra sua vontade¹².

Sendo assim, na visão deste autor, a essência do direito subjetivo não é a vontade, mas sim o interesse, entendido este num sentido lato, (concreto ou abstrato); daí dizer ele que direito subjetivo é o interesse juridicamente protegido.

Contudo, também o posicionamento de Jhering não escapou ileso de críticas, na medida em que seus opositores consideravam extremamente vaga e imprecisa a definição de interesse, o que poderia prejudicar a segurança das relações jurídicas.

Nessa perspectiva, vários outros doutrinadores passaram a discutir a questão a partir dos mais diversos enfoques, o que deu azo ao surgimento das chamadas teorias mistas, ou seja, aquelas que procuravam aparar as arestas entre as duas teorias originais, conjugando-as.

Manuel Andrade¹³ ao conceituar direito subjetivo relaciona-o tanto ao interesse quanto à vontade. Entretanto, registra que o interesse constitui o substrato do direito subjetivo, embora esteja fora de seu âmbito.

Nesse sentido, o autor desenvolve a teoria de que a todo direito subjetivo deve corresponder um interesse, embora a recíproca não seja verdadeira, na medida em que podem existir interesses tutelados pelo direito objetivo, mas que não correspondam a um direito subjetivo, porque a respectiva tutela é organizada por outro meio, como por exemplo através da intervenção do Estado¹⁴.

Já Pontes de Miranda¹⁵ identifica o direito subjetivo com a idéia de poder; o direito subjetivo é o poder jurídico que legitima o exercício de uma

¹¹ JHERING, Rudolf Von (tradução de João de Vasconcelos) *A Luta pelo Direito*, Rio de Janeiro, Forense, s/d; e *L'évolution du Droit* (título original: *Der Zweck im Recht*), (tradução de Meulenaere). Paris, 1901.

¹² Tal objeção se reflete concretamente na questão da capacidade. A se adotar a teoria de Savigny, os incapazes não poderiam ser titulares de direitos, pois não poderiam ou não saberiam manifestar seu querer.

¹³ ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da Relação Jurídica*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 10.

¹⁴ Ennecerus fornece o seguinte exemplo para tal assertiva: uma lei que imponha a vacinação obrigatória é uma lei que protege os interesses de cada indivíduo; contudo, nem por isso a cada um compete o interesse subjetivo correspondente (ENNECERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. [tradução de Blas Pérez González e José Alguer] *Derecho Civil (Parte General)*, Barcelona: Bosch, 1947, p. 287 e segs.).

¹⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro: Borsoli, 1955, Tomo V, p. 226 e segs..

faculdade. As faculdades, nesta conceituação, são poderes de fato exercitados ou não em virtude de uma dada situação.

O autor prioriza assim a idéia de interesse, em detrimento da vontade. Faz questão de frisar que o direito subjetivo não tem no direito objetivo o seu *príus* lógico, senão representam fenômenos complementares.

Para Eduardo Espínola¹⁶, o direito subjetivo é “a relação que une um bem da vida a um determinado sujeito, e da qual resulta, para o sujeito, o poder de, por si ou representado, tirar, no interesse próprio, de outrem, ou coletivo, toda a utilidade de que é suscetível o mesmo bem, ficando à disposição exclusiva de tal sujeito movimentar a ação coercitiva do direito”.

Ennecerus¹⁷, em obra traduzida para o espanhol, prefere conceber o direito subjetivo como “un poder concedido al individuo por el ordenamiento jurídico”¹⁸.

Parece-nos, contudo, que foi a partir dos estudos formulados por Jellinek¹⁹, que a questão começou a se tornar um pouco mais clara.

O autor, em monografia muito aprofundada sobre o tema, classifica o direito subjetivo em público e privado; a primeira espécie é entendida como sendo o poder oriundo da própria condição de pessoa (personalidade), oponível ao Estado, ou seja, o poder de determinar o agir deste.

Já na aceção privada, o direito subjetivo teria como fundamento a liberdade humana (*licere*), e consistiria no conjunto de faculdades de cunho privado originadas pela manifestação da vontade²⁰.

¹⁶ ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. “Dos Direitos Subjetivos”, in *Tratado de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941, p. 573 e segs..

¹⁷ ENNECERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. *Op. cit.*, p 287.

¹⁸ Voltando ao exemplo fornecido anteriormente, a lei que determina vacinação criava para todos os cidadãos a expectativa de obter o serviço de saúde, mas não lhes conferia direito subjetivo, segundo o mestre alemão. Isto porque o direito subjetivo é algo distinto do bem jurídico. ENNECERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. *Idem*.

¹⁹ JELLINEK, Georg. *Sistema de Diritti Pubblici Subbiettivi*, Milano: Società Editrice Libreria, 1911.

²⁰ Nas palavras de Jellinek (*op. cit.*, p. 61/63) “Nella possibilità giuridica di pretendere qualche cosa da un altro connessa con la facoltà di disporre del diritto e della stessa pretesa, si manifesta il *licere* (*Dürfen*). Esso è la caratteristica specifica del diritto privato. (...) Il diritto privato è adunque rivolto sempre verso un'altra persona, sottoposta anche essa al potere sovrano. L'acquisto e la perdita di diritti privati non accresce, nè diminuisce la personalità. Questa è indipendente dalla massa dei *licere* (*Dürfen*), che la persona possiede. Diversamente accade per il *posse* (*Können*), che, in base alle norme, le quali offrono all'avente diritto la possibilità di esercitare una coazione (*machtverleihende Sätze*), si trova connesso con qualunque diritto privato, e forma il criterio specifico del diritto pubblico subbiettivo. Questo *posse* (*Können*) non è separabile dalla persona, senza che la medesima ne rimanga menomata, ed è indipendente dal possesso concreto di diritti privati. Le capacità giuridiche attribuite all'individuo dall'ordinamento giuridico, soltanto in base alle quali è possibile l'acquisto dei singoli diritti e la difesa di quelli acquistati, costituiscono l'elemento che rimane costante nel mutarsi delle condizioni giuridiche concrete”.

Dentro desse contexto, na doutrina nacional, Francisco Amaral²¹ entende como direito subjetivo *“o poder que a ordem jurídica confere a alguém de exigir de outrem determinado comportamento. É subjetivo por ser exclusivo do respectivo titular e constitui-se num poder de atuação jurídica reconhecido e limitado pelo direito objetivo”*.

Este autor, ao discutir as teorias positivas, que afirmam o direito subjetivo, faz a dicotomia clássica entre as teorias de Savigny (para o qual o direito subjetivo é a vontade tutelada pelo direito) e Jhering (para o qual o direito subjetivo é o interesse juridicamente protegido), ou seja, a contraposição entre vontade e interesse, entre teoria subjetiva e teoria objetiva.

Desvia deste conflito adotando uma teoria mista, na qual se identifica o direito subjetivo como esfera de vontade, com influência tanto do interesse²² quanto da vontade.

Elenca, a seguir, a distinção feita por Jellinek²³, que diferencia o direito subjetivo público do privado, ao associar este último com a vontade emitida; o direito subjetivo público não teria origem na vontade de quem o exercita, diferentemente do direito subjetivo privado.

Por último, registra a diminuição da importância do conceito de direito subjetivo público, negando sua autonomia, que a seu ver, não mais se justifica, já que todos, inclusive o Estado, estão subordinados à ordem jurídica constitucional.

Nesse sentido, Perlingieri²⁴⁻²⁵ adverte para a crise do direito subjetivo

²¹ AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, p. 178 e segs..

²² Importante ressaltar que na seara processual prevalece a tese que desvincula o interesse da vontade do agente; esta desvinculação é pressuposto do conflito acima aventado. O interesse, como posição que se ocupa diante de um determinado bem jurídico, tem natureza de situação jurídica. A vontade, ao animar o interesse, movendo-o, converte-o em pretensão. (CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 3 e segs.).

²³ *Op. e loc. cit.*

²⁴ *“Da qualche tempo si afferma da più parti che la nozione di diritto soggettivo è in crisi; ne dà testimonianza la vastità della letteratura sul tema. Il fenomeno deriva dalla consapevolezza che il mutamento storico-sociale della realtà non può non influire sul tradizionale modo d'intendere il diritto soggettivo. Se si vuole analizzare il concetto in maniera rispondente alle moderne esigenze, gli si deve attribuire un significato, un ruolo diversi da quelli che la dottrina ottocentesca, pandettistica, e quella precedente al codice del 1942, gli assegnavano”*. (PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella Legalità Costituzionale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 251).

²⁵ Inobstante isso, alguns doutrinadores como Vicente Ráo (*op. cit.*, p. 921/927), sustentam a classificação do direito subjetivo em público e privado. Para o autor, o direito público subjetivo pode ser ainda classificado em: a) direito do Estado (al compreendidos os direitos existenciais e de soberania e independência); e b) direito dos indivíduos ou dos grupos sociais (que englobaria os direitos da personalidade humana, individual ou coletiva).

concebido nos moldes privatistas, e, principalmente, para a necessidade de uma moderna abordagem do tema sob a perspectiva constitucional.

Como se vê, não existe em doutrina um conceito uniforme acerca do direito subjetivo. Entretanto, como também demonstrado, até mesmo em razão da necessidade prática e concreta de se adotar uma conceituação, passou a doutrina a aceitar majoritariamente uma concepção mista entre as teorias subjetiva e objetiva.

Temos para nós que o direito subjetivo é na verdade um poder conferido a cada indivíduo, a partir da ordem jurídica constitucional e infraconstitucional, de modo a possibilitar a defesa dos seus interesses, dentro de certas regras e limitações necessárias à manutenção da vida em sociedade e do bem comum.

Após a relativa pacificação doutrinária, surgiram as classificações do direito subjetivo, com base nos seguintes elementos:

Quanto à eficácia, divide-se ele em absoluto e relativo. A primeira modalidade compreende aqueles direitos dotados de eficácia universal e que podem ser opostos a qualquer pessoa, como ocorre com os direitos reais e os direitos da personalidade. Já a segunda modalidade desta classificação se refere àqueles que têm eficácia circunscrita a determinadas pessoas, tal como ocorre com as obrigações.

Quanto ao conteúdo, podem ser públicos ou privados. Essa divisão tem como base o diploma legal que cria o direito (se pertencente a um dos ramos do direito público ou do direito privado) e é considerada muito vulnerável, como, aliás, já salientado acima.

Por fim, quanto ao valor, o direito subjetivo pode ser patrimonial ou extrapatrimonial, de acordo com a possibilidade ou não de sua avaliação econômica.

Vistas essas questões, podemos agora começar a examinar o direito individual homogêneo.

Na singela definição do artigo 81, parágrafo único, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, direito individual homogêneo é aquele que tem "*origem comum*".

Na verdade, o Código se preocupa mais em definir o direito difuso e o coletivo, dando a entender que o individual homogêneo serviria para abarcar qualquer interesse juridicamente protegido que não se enquadrasse numa das duas definições acima²⁶⁻²⁷.

²⁶ Antonio Gidi ressalta que o critério científico para identificar se determinado direito é difuso, coletivo, individual homogêneo ou individual puro não é a matéria, o tema ou mesmo o assunto abstratamente considerados, mas o direito subjetivo específico que foi violado. Afirma o autor que o C.D.C. se utiliza de três critérios básicos para definir e distinguir os

Obviamente essa definição é extremamente defeituosa, o que nos leva, através de uma combinação de raciocínios indutivo e dedutivo, a buscar uma conceituação mais apropriada.

Entretanto, antes de conceituar esse direito, é preciso determinar qual a sua natureza jurídica.

Em outras palavras, há que se definir, dentro da teoria geral do direito civil, qual o melhor instituto que retrata as peculiaridades dessa figura.

Com base em todas as considerações já aduzidas, é nosso sentir que o direito individual homogêneo é espécie do gênero direito subjetivo.

Mais precisamente, trata-se de direito subjetivo individual complexo.

É um direito individual porque diz respeito às necessidades, aos anseios de uma única pessoa; ao mesmo tempo é complexo, porque essas necessidades são as mesmas de todo um grupo de pessoas, fazendo nascer, destarte, a relevância social da questão.

Distingue-se ele, desse modo, do direito subjetivo individual simples, que se refere apenas a uma pessoa, considerada em perspectiva individual e isolada, sem pontos comuns a outras.

Observe-se, *ad cautelam*, não existir qualquer ponto de toque entre a defesa em juízo do direito individual homogêneo, através da ação coletiva, e a figura processual do litisconsórcio, já que este último consubstancia a soma de dois ou mais direitos individuais simples, de forma que, em nenhum

direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: subjetivo (titulariedade do direito material), objetivo (divisibilidade do direito material) e de origem (origem do direito material). Quanto à titularidade do direito material, tem-se que direito difuso pertence a uma comunidade formada de pessoas indeterminadas ou indetermináveis; o direito coletivo pertence a uma coletividade (grupo, categoria ou classe) formada de pessoas indeterminadas mas determináveis; o direito individual homogêneo pertence a uma comunidade formada de pessoas perfeitamente individualizadas, que também são indeterminadas e determináveis. Todavia, o autor aponta um defeito nesta classificação na medida que atesta existir um único titular para cada um destes direitos e muito bem determinado: "(...) uma comunidade no caso de direitos difusos, uma coletividade, no caso de direitos coletivos ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado no caso de direitos individuais homogêneos". (GIDI, Antonio. *Cóisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 23).

²⁷ Entretanto, a questão da configuração, ou melhor, da identificação da espécie de direito transindividual no caso concreto é sempre bastante delicada. Nesse passo, Gustavo Tepedino salienta não ser exagero "afirmar que, em termos práticos, as lesões a interesses coletivos ou difusos normalmente implicam a configuração de interesses individuais homogêneos, sendo muito difícil isolar cada uma dessas espécies de interesses, de modo a que se pudesse identificar, diante de uma hipótese concreta, a presença do interesse estritamente coletivo ou exclusivamente individual homogêneo". (TEPEDINO, Gustavo José Mendes. "A Questão Ambiental, o Ministério Público e as Ações Cíveis Públicas", in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 302).

momento exsurge a relevância social, e sim o interesse privado de um grupo de pessoas.

A ação coletiva, ao contrário, previne um possível litisconsórcio multitudinário, permitindo assim uma tutela social por intermédio de uma única demanda.

Difere também o direito subjetivo individual complexo do direito subjetivo coletivo, que, a seu turno, ocorre nas hipóteses de direito coletivo *stricto sensu* e difuso, uma vez que esses já nascem voltados para um grupamento social, não podendo ser, *ab initio*, individualizados.

Não há que se falar, contudo, em ser este direito público ou privado; primeiro em razão da superação da *summa divisio*, como já exposto, e segundo, porque o instrumento processual através do qual se tutela tal direito pode ter em seu pólo passivo o Estado ou um particular, dependendo da situação fática individualizada.

Por outro lado, cotejando-se o direito individual homogêneo com os demais institutos da teoria geral do direito civil, salta aos olhos a incongruência daquele com qualquer modalidade desses.

Destarte, parece claro que é impossível cogitar-se do direito individual homogêneo como sendo mera faculdade jurídica.

Na verdade o que se dá é exatamente o oposto, já que o titular desse direito tem algumas faculdades, que a princípio não se mostram muito claras, mas que exsurgem à toda evidência no curso da ação coletiva, como, por exemplo, a faculdade de promover a execução individual da decisão transitada em julgado, ou até mesmo promover somente parte da execução.

Tal conduta não irá influir na existência do direito, que, aliás, a essa altura, já estará não só declarado judicialmente, como também coberto pelo manto da imutabilidade oriundo da *res judicata* material, salvo, quanto a esta última afirmação, se o feito estiver transcorrendo em regime de execução provisória.

Quanto ao interesse, já salientamos que representa este o estado anterior à formação do direito, de modo que o direito individual homogêneo nasce como interesse individual homogêneo²⁸.

²⁸ Aliás, é digna de registro a preocupação do legislador com eventuais defesas evasivas de réus em ações coletivas, ao mencionar expressamente no artigo 81 que o conceito se refere a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Parece-nos que houve uma clara intenção de deixar a salvo mesmo aqueles interesses sobre os quais pudesse haver divergência acerca de sua qualificação jurídica. Nesse sentido, a expressão origem comum é também mencionada às expensas por Roberto Senise Lisboa (Cf. LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 56).

Acerca da pretensão, também maiores considerações não se fazem necessárias, em razão da ênfase processual dada ao termo²⁹.

Também não se poderia afirmar ser o direito individual homogêneo espécie do gênero direito potestativo, porque não existe estado de sujeição ao titular do direito, não havendo, portanto, tecnicamente, vinculação.

Outrossim, nem sempre há relação jurídica pretérita entre os sujeitos ativo e passivo do direito individual homogêneo.

Realmente, o único instituto que se afina com ele é o direito subjetivo.

Não vemos necessidade de propor a criação de uma categoria autônoma de direito; seria, com a devida *venia* dos que não comungam deste entendimento, um preciosismo desnecessário³⁰⁻³¹.

É certo que na teoria geral do direito civil, todos os conceitos foram formulados numa perspectiva individual e patrimonial.

É igualmente certo que nos dias atuais a ênfase se dá muito mais no “ser” do que no “ter”, e que a questão coloca-se no plano coletivo e não individual.

²⁹ Seguimos aqui a concepção de Liebman. Para exame mais aprofundado sobre a matéria, remetemos o leitor a LIEBMAN, Enrico Tullio (tradução de Cândido Rangel Dinamarco). *Manual de Direito Processual Civil*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

³⁰ É necessário ressaltar não termos conhecimento, nem na doutrina pátria nem na estrangeira, de obra dedicada ao estudo específico do direito individual homogêneo dentro da perspectiva da teoria geral do direito civil; contudo, pudemos localizar na obra de Perlingieri vasto material sobre as denominadas situações subjetivas. (PERLINGIERI, Pietro. [tradução de Maria Cristina De Cicco], *Perfil do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 89 e segs.). Nesse contexto, o mestre afirma à p. 121 que “no ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. É nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional”. E continua seu raciocínio ao dizer que nesse mesmo ordenamento “não existe um direito subjetivo – propriedade privada, crédito, usufruto – ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-dada, isto é, preexistente ao ordenamento e que deva ser levada em consideração enquanto conceito, ou noção, transmitido de geração em geração. O que existe é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular”.

³¹ Com o devido respeito ao entendimento do grande jurista italiano, estamos em que o direito individual homogêneo, considerado dentro do ordenamento jurídico brasileiro, se enquadra perfeitamente na categoria de direito subjetivo, até mesmo porque, e aqui fazemos uma conexão com o direito processual civil, é o direito subjetivo que fornece os elementos necessários à configuração da pretensão a ser deduzida em juízo através da ação, que por sua vez se submete a determinadas condições para seu regular exercício, que embora não se identifique com o direito subjetivo alegado pelo autor, nele repousam. Como exemplo podemos citar a própria legitimidade *ad causam* ordinária, onde o titular da relação jurídica de direito material é o mesmo da relação jurídica processual. Em outras palavras, além de haver uma identificação perfeita entre o direito individual homogêneo e os caracteres gerais do direito subjetivo, tal posição deve ser adotada a fim de se manter a unidade e a sistematização de todo nosso ordenamento, privilegiando-se assim o caráter interdisciplinar do Direito.

Contudo, é de se lembrar que o direito individual homogêneo é, por natureza, individual, e na maioria dos casos patrimonial.

Na sua gênese, enquanto observado a partir do fato que o originou, sob o referencial de seu sujeito ativo, não há que se falar em direito coletivo.

Esta afirmação só passa a se justificar num segundo momento, quando se constata que o direito daquele indivíduo é semelhante ao de vários outros, sendo certo ainda que todos têm uma origem comum³², entendida esta como a circunstância apta a estabelecer o ponto de contato entre os indivíduos que integram aquele grupamento social.

A partir dessa origem comum surge a extensão social do direito, pois se diversas pessoas se encontram na mesma situação jurídica, automaticamente aquela situação passa a produzir efeitos numa coletividade, obrigando o ordenamento jurídico a tutelar o direito como coletivo *lato sensu*.

Sendo um direito coletivamente tutelado, passa a ser indisponível em razão dessa mesma extensão social³³.

Em outras palavras, aquele direito que se fosse concebido individualmente seria disponível, é alçado a uma condição superior, pois há todo um grupamento social interessado no deslinde daquela controvérsia.

Nessa linha de raciocínio, chega-se à conclusão de que em sede de

³² O legislador, no artigo 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor faz questão de enfatizar a expressão "origem comum", sem, no entanto, afirmar tratar-se de direitos iguais. A causa que origina o interesse juridicamente protegido é a mesma, mas a importância que tal interesse vai assumir na esfera pessoal de cada sujeito ativo é diversa, assim como é diverso o valor a ser obtido a título de indenização ou compensação, quando do julgamento de procedência do pedido na ação coletiva.

³³ Reconhecemos a dificuldade de trabalhar com o tema, na medida em que nosso ordenamento não apresenta uma definição, ou mesmo parâmetros do que seria um direito indisponível. Isso obriga a doutrina e jurisprudência a tratar a matéria casuisticamente, o que não se coaduna bem com o sistema romano-germânico e acaba por deixar na sociedade um sentimento de insegurança jurídica. Numa tentativa de conferir maior concretude a tal conceito, Athos Gusmão Carneiro sustenta que a indisponibilidade pode ser aferida quando a solução a ser dada no caso concreto transcende ao interesse patrimonial individual dos titulares na prestação satisfativa, projetando-se no mundo jurídico e influenciando, com relevância, diversas situações análogas. (CARNEIRO, Athos Gusmão. "Direitos Individuais Homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público", *in Revista de Processo*, ano 26, v. 103, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 5/13).

direitos individuais homogêneos existe uma questão coletiva comum a todos os membros da classe e que se sobrepõe a eventuais questões individuais.

Eis aí a pedra de toque, ou seja, a dita homogeneidade advém desta questão comum prevalente, que se torna então uma questão social, e, por conseguinte, indisponível.

Caso não se faça presente tal questão comum (coletiva), não estaremos diante de um direito individual homogêneo, mas sim heterogêneo, como bem assevera Ada Pellegrini Grinover³⁴.

O direito individual homogêneo é, portanto, um direito subjetivo, na medida em que pode ser invocado e tutelado, através da dedução em juízo de uma pretensão.

Por outro lado, é um direito relativo porque não é oponível *erga omnes*, mas somente frente ao causador do dano.

Pode ser patrimonial ou extrapatrimonial de acordo com o objeto sobre o qual recaia. É verdade que, na grande maioria dos casos, será ele patrimonial, já que o direito individual homogêneo foi introduzido pelo Código do Consumidor, onde predomina esta modalidade, caso consideremos a hipótese sob o prisma exclusivamente individual.

De se ressaltar que a própria patrimonialidade é um conceito jurídico indeterminado, sendo possível até mesmo que um determinado direito seja, ao mesmo tempo, patrimonial e extrapatrimonial, dependendo do referencial que se utilize para examinar, como é o tão famoso caso dos alimentos, uma vez que o alimentante não depende daquela quantia para sua subsistência, podendo até mesmo empregá-la de qualquer outra forma, ao contrário do alimentando.

Entretanto, pode ocorrer uma situação que não comporte aferição econômica, tal como um dano à cidadania ou mesmo à moralidade pública, ainda que examinado individualmente³⁵⁻³⁶.

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. "Da Class Action for Damages à Ação de Classe Brasileira: os Requisitos de Admissibilidade", in REPRO, v. nº 101, ano 26, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 2001, p. 11/27.

³⁵ Tycho Brahe Fernandes apresenta exemplos variados de interesses individuais homogêneos, tais como a cobrança abusiva de mensalidades escolares, os prejuízos causados a integrantes de planos para aquisição de bens móveis (v.g. telefones) e imóveis (v.g. apartamentos), ou ainda de planos de saúde ou de seguro, e por fim, os prejuízos causados aos poupadores que tiveram suas cadernetas de poupança bloqueadas. (FERNANDES, Tycho Brahe. GUIMARÃES, Angela Silva. *A Legitimação do Ministério Público na Tutela dos Interesses ou Direitos Individuais Homogêneos*, op. cit.).

³⁶ Veja-se que em alguns dos exemplos há um nítido caráter extrapatrimonial (como no caso das mensalidades escolares, uma vez que o direito à educação é considerado como fundamental e previsto em sede constitucional), mesmo que acompanhado de nuances patrimoniais; essa mesma questão pode ser enfocada sob o prisma de relação de consumo entre a escola – prestadora do serviço e o pai do aluno – consumidor.

Nesse diapasão, o direito, a partir do momento em que passa a ostentar relevância social, deixando de importar apenas a um único indivíduo, mas interessa a toda coletividade, atinge um *status* de extrapatrimonialidade, pois valores constitucionais como o bem comum podem estar em perigo.

É por fim um direito divisível.

A propósito, vale lembrar que o parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, ao definir os direitos difusos e coletivos, faz questão de qualificá-los como indivisíveis. Contudo, isto é omitido no inciso III, onde é regulado o direito individual homogêneo³⁷, o que acaba por gerar dificuldade na interpretação do referido dispositivo.

Essa divisibilidade não está em contradição com a propagada origem comum, eis que cada cidadão tem o seu direito revestido de peculiaridades pertinentes à sua situação individual e pessoal, sendo certo que a origem deste e de todos os direitos daqueles que se encontram em situação assemelhada é a mesma³⁸.

³⁷ Quanto à divisibilidade do direito material, vê-se que tanto o direito difuso como o coletivo, exatamente por serem transindividuais, são indivisíveis. A indivisibilidade, porém, *"deve ser aferida não de acordo com a matéria ou o assunto genericamente considerado, mas concretamente, caso a caso, de acordo com o direito subjetivo material específico a que se visa proteger"*. Os direitos individuais homogêneos, ao contrário, devido ao caráter predominantemente individualizado que portam, são perfeitamente divisíveis entre os integrantes da comunidade de vítimas titular do direito material. O pedido feito em juízo numa ação coletiva em defesa desses interesses deve ser para a tutela do bem indivisivelmente considerado. *"A divisibilidade, percebe-se, somente se manifestará nas fases de liquidação e execução da sentença coletiva"*. (GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 23/31).

³⁸ Nesse sentido, colhemos, uma vez mais, o pensamento de Tycho Brahe Fernandes: *"Logo, direitos ou interesses individuais homogêneos são aqueles interesses que decorrem de um fato comum, correspondente ao ato lesivo ao ordenamento jurídico, permitindo desde logo a determinação de quais membros da coletividade foram atingidos. Quando se fala em homogeneidade, deve-se ter em mente que tais direitos ou interesses devem decorrer de uma origem comum, ou seja, devem ser homogêneos qualitativamente e apresentados com uniformidade, de maneira a viabilizar a defesa coletiva. Para ser homogêneo basta a uniformidade qualitativa. Dispensada está a uniformidade quantitativa, pois com relação aos aspectos pessoais diferenciados, próprios de cada situação concreta, de cada consumidor, estes poderão ser postulados pelos próprios interessados em uma fase posterior denominada habilitação e que ocorre na liquidação da sentença genérica proferida por ocasião da ação coletiva. É mister salientar que "origem comum" não significa, necessariamente, uma unidade fatural e temporal. O importante é que tais lesões decorram de um fato comum, embora a forma, o tempo, a localidade, a quantidade das lesões sejam diferentes em relação a cada indivíduo."* (FERNANDES, Tycho Brahe. GUIMARÃES, Angela Silva. op. e loc. cit.). Essas ponderações levam o autor a concluir no sentido de que o *"interesse ou direito individual homogêneo é todo aquele que, possuindo mais de um titular, identificado ou identificável e, embora possa ter seu objeto divisível e até mesmo disponível, protegido individualmente, sem uma relação jurídica base entre os consumidores, têm uma causa comum"*.

Resumindo então as idéias apresentadas, em sede de teoria geral, podemos conceituar o direito individual homogêneo como sendo espécie do gênero direito subjetivo, qualificando-o como um direito subjetivo individual complexo (dotado de relevância social obtida a partir de uma origem comum), relativo, divisível, e imbuído de reflexo patrimonial, na esfera individual de cada lesado.

Na sistemática do Código de Defesa do Consumidor, o direito individual homogêneo é, nada mais, nada menos do que um direito que em tese seria difuso ou coletivo, mas que em algum momento passou a ser divisível e, portanto, subordinado a regras próprias, principalmente no que concerne à satisfação concreta dos lesados.

Tanto pode advir de uma relação jurídica ou de uma situação de fato; pode relacionar um número determinado ou indeterminado de pessoas, sendo que neste último caso o número deverá ser, ao menos determinável no momento do início do procedimento executivo.

Infelizmente, trata-se de um instituto simples, em sua gênese, mas que se tornou complexo em razão do lacônico tratamento legislativo³⁹ e da utilização de conceitos jurídicos abertos, o que contribuiu de forma preponderante para a geração das inúmeras discussões processuais acerca do tema, como já observamos em nossa obra⁴⁰.

Esperamos com o presente trabalho despertar a atenção da comunidade jurídica para a importância de uma regulamentação mais efetiva da matéria, o que finalmente possa viabilizar a real e justa defesa dos interesses coletivos em nosso ordenamento. ♦

³⁹ Apesar de todas as críticas que tecemos ao legislador, não gostaríamos de encerrar esse ensaio sem reconhecer, por dever de justiça, os nobres e admiráveis propósitos que nortearam sua atuação, sobretudo porque o Código de Defesa do Consumidor é um marco inquestionável da evolução democrática brasileira, sendo certo ainda que a densidade e a modernidade do texto legal influenciou outros ordenamentos latino-americanos, como o argentino e o uruguaio, tendo ainda projetado seus reflexos sobre o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, ao reconhecer que a lei portuguesa (artigo 1º da Lei nº 83/95) inclui a tutela dos direitos individuais homogêneos, como salienta Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, Ada Pellegrini. "Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos", in *Revista de Processo*, v. 97, ano 25, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 9/15, p. 14.

⁴⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A Natureza Jurídica do Direito Individual Homogêneo e sua Tutela pelo Ministério Público como forma de Acesso à Justiça*, Rio de Janeiro: Forense, 2001.